

Abhandlung

Professor Dr. Wolfgang Wohlers*

Zur (Un-)Verwertbarkeit strafrechtswidrig erhobener Bild- und Audioaufzeichnungen des Tatgeschehens

Zu BGH, 2 StR 202/15 vom 7. Januar 2016, in diesem Heft Seite 542

DOI 10.1515/juru-2016-0071

Die Staatsanwaltschaft hat gerügt, dass das Tatgericht mehrere, das Tatgeschehen dokumentierende Audio- und Videodateien als unverwertbar eingestuft und deswegen bei der Urteilsfindung unberücksichtigt gelassen hatte. Konkret geht

es um Aufnahmen, die eine Zeugin mit ihrem Handy angefertigt hatte, während das Opfer durch den Beschuldigten und einen anderweitig verfolgten weiteren Beschuldigten zusammengeschlagen worden ist. Das Tatgericht hatte die Unverwertbarkeit mit dem Argument begründet, dass »es sich um eine heimlich angefertigte Aufnahme handele und daher grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot bestehe« (Rn. 43). Demgegenüber bestehen aus der Sicht des Senats »an der Zulässigkeit der Beweisverwertung keine Bedenken« – und dies »[u]ngeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung« (Rn. 46).

*Kontaktperson: Wolfgang Wohlers, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel.

I. Dokumentationen des Tatgeschehens begründen keinen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung

Dem Senat ist darin zuzustimmen, dass weder die Dokumentation der unmittelbaren Tatbegehung noch deren spätere Verwertung im Rahmen eines Strafverfahrens als Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung einzustufen ist. Was zum unantastbaren Kernbereich gehört, kann nach h.M. zwar nur auf der Basis einer Gesamtbewertung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles festgestellt werden,¹ das BVerfG hat aber bereits betont, dass »Kommunikationsinhalte, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen«, nicht zum unantastbaren Kernbereich gehören.² Der erkennende Senat hat das Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten dem unantastbaren Kernbereich zugeordnet.³ Wenn aber schon (Zwie-)Gespräche und schriftliche Aufzeichnungen des Beschuldigten, in denen Angaben über begangene oder geplante Straftaten gemacht werden, nicht mehr zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören sollen,⁴ dann kann dies erst recht auch nicht für Bild- und Tonaufnahmen angenommen werden, mit denen die Tatbegehung als solche dokumentiert wird.⁵ Zur Begründung dieses Erst-recht-Schlusses muss man nicht die in sich fragwürdige Verfallstheorie⁶ bemühen, sondern kann darauf verweisen, dass die Begehung von Straftaten – jedenfalls dann, wenn sie sich gegen individuelle Opfer richten – aufgrund des vorhandenen Sozialbezugs nicht zu den Verhaltensweisen zu rechnen ist, bei denen der

Betroffene einen verfassungsrechtlich gewährleisteten, absoluten Anspruch darauf hat, allein gelassen zu werden.

II. Zur prozessualen Bedeutung der (Un-)Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung durch Private

Der Senat scheint aus dem Umstand, dass ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung nicht gegeben ist, zu folgern, dass dann die Annahme eines Beweisverwertungsverbots per se ausscheiden muss. Dieser Schluss ist allerdings nicht so evident, wie es die apodiktische Diktion des Senats suggerieren könnte. Der Senat meint des Weiteren, offen lassen zu können, ob die Aufnahmen rechtmässig erstellt worden sind oder nicht. Hieraus wird man ableiten dürfen, dass er der in der Literatur – vor allem im Zusammenhang mit den CDs mit Bankkundendaten aus Liechtenstein oder der Schweiz⁷ – verbreitet vertretenen These nicht näher zu treten gedenkt, nach der sich ein Verwertungsverbot für von Privaten unrechtmässig erhobene Beweise aus dem Gesichtspunkt ergeben soll, dass sich der Staat nicht als Beweismittelhehler betätigen darf.⁸ Es wäre aber durchaus interessant gewesen zu erfahren, ob dies tatsächlich so ist und, wenn ja, warum der Senat diesen Standpunkt einnimmt. Dass der Senat die Gelegenheit ungenutzt gelassen hat, auf die durchaus noch nicht als geklärt anzusehende Problematik der Verwertung privatautonom erhobener Beweise näher einzugehen, ist schliesslich auch deswegen bedauerlich, weil diese Thematik laufend grössere Bedeutung erlangt. Abgesehen von eher singulären Ereignissen – wie z.B. der bereits erwähnten Bankkundendaten-Affäre – begründen vor allem die im Zuge der ubiquitären Verbreitung von problemlos als Aufnahmegeräte verwendbaren Smartphones eröffneten Möglichkeiten der privaten Be-

1 BVerfGE 34, 238, 248; 80, 367, 374; BVerfG JZ 2011, 249, 251; vgl. auch BGHSt 57, 71, 74 mit Anm. Wohlers JR 2012, 389.

2 BVerfGE 113, 348, 391.

3 BGHSt 57, 71, 74 ff. mit Anm. Wohlers JR 2012, 389; vgl. auch BGHSt 50, 206, 213.

4 BVerfGE 80, 367, 374 f.; 109, 279, 319; BGHSt 57, 71, 77; vgl. aber auch BGHSt 14, 358, 364 f.

5 So auch Koch GA 2005, 589, 604; Murmann FS Maiwald, Berlin 2010, S. 591; Wolter, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln 2005, S. 230; Zöller FS Wolter, Berlin 2013, S. 686 f.; vgl. aber auch SK-StGB/Hoyer § 201a Rn. 20: Es sei tatbestandsmässig, eine Person in dem Moment abzubilden, in dem sie einen Verstoß gegen das Recht begeht.

6 Vgl. nur BGHSt 19, 325, 331; KG JR 1981, 254, 255 mit krit. Anm. Tenckhoff.

7 Dazu BVerfG JZ 2011, 249 mit Anm. Wohlers sowie umfassend Ambos, Beweisverwertungsverbote, Berlin 2010, S. 111 ff.; Kölbl NSZ 2008, 241 ff.; Schünemann NSZ 2008, 305 ff.; Sieber NJW 2008, 881 ff.; Trüg NJW 2008, 887 ff.

8 So z.B. Ambos (Fn. 7), S. 108 ff.; Mende, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, 2001, S. 204 ff.; vgl. auch Joerden JuS 1993, 927, 928; Rogall ZStW 91 (1979), 1, 20 f.; NK-StGB/Kargl § 201 Rn. 28 m.w.N.; a.A. Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 98 f.; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Zürich 2008, S. 194 ff.; dies. GA 2008, 500, 507 ff.; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, München 2003, S. 223 ff.; ders. GA 2008, 473, 493; Rogall JZ 2008, 818, 828; SK-StPO/Rogall § 136 a Rn. 17.

weissicherung und die sich gleichfalls ausbreitenden privat geführten Parallelverfahren – Stichworte: unternehmensinterne Ermittlungen; Internetrecherche durch private Stellen – die heute nicht mehr wegzudiskutierende praktische Bedeutung privater Beweiserhebungen.⁹

Die kriminalpolitische Brisanz wird durch einen Beschluss des 67. DJT belegt, der dahin geht, dass Erkenntnisse, die von Privaten »mit strafbaren Mitteln« gewonnen worden sind, unverwertbar sein sollen.¹⁰ Und auch in der Literatur wird zunehmend die These vertreten, dass jedenfalls in den Bereichen, in denen den staatlichen Ermittlungen vergleichbare Privatermittlungen ein verbreitetes Phänomen darstellen, gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen soll.¹¹ Der Senat könnte dem entgegen halten, dass seine Aufgabe nicht darin besteht, zu dogmatisch und/oder kriminalpolitisch interessanten Fragen Stellung zu nehmen, sondern er die in einem konkreten Verfahren relevanten Rechtsfragen zu klären habe. Auch wenn man diesen Standpunkt teilt,¹² muss man aber doch auch festhalten, dass der vorliegende Fall – wie nachfolgend zu zeigen ist – durchaus Anlass zu einer näheren Befassung mit der Thematik gegeben hätte.

Werden Beweise von Privatpersonen erhoben, ist zunächst danach zu unterscheiden, ob die Privaten bei der Beweiserlangung autonom gehandelt haben oder die Beweise unter Mitwirkung von Strafverfolgungsorganen oder gar in deren Auftrag erhoben worden sind. Im letztgenannten – vorliegend nicht einschlägigen – Fall kommen unter bestimmten, noch nicht abschliessend geklärten Voraussetzungen¹³ die Grundsätze zur Anwendung, die auch

dann gelten, wenn die Strafverfolgungsorgane selbst Beweise erheben.¹⁴ Demgegenüber muss die Anwendung dieser Grundsätze in den Fällen autonom agierender Privater schon deshalb ausscheiden, weil die einschränkenden Regeln des Strafprozessrechts nur für Strafverfolgungsorgane relevant sind, nicht aber für Private.¹⁵ Hieraus ergibt sich dann auch, dass »aus der rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels durch einen Dritten nicht ohne weiteres die Unverwertbarkeit dieses Beweismittels folgt«¹⁶. Tatsächlich bleibt, solange es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, die festlegt, unter welchen Voraussetzungen die Strafverfolgungsorgane berechtigt sind, sich auf von Privaten erhobene Beweise zu stützen,¹⁷ in den Fällen privatautonom erhobener Beweise nichts anderes übrig, als das Interesse an der Aufklärung von Straftaten gegen das Interesse des betroffenen Beschuldigten an der Nichtverwertung der privatautonom erhobenen Beweise abzuwägen.¹⁸

Dass der Senat im vorliegenden Fall auf eine Abwägung verzichtet hat, lässt sich damit erklären, dass diese Abwägung nach h.M. im Ergebnis dahin führt, dass die Verwertung privatautonom erhobener Beweis nur in den Fällen nicht in Betracht kommen kann, in denen es im Zuge der Beweiserlangung zu krassen Menschenrechtsverletzungen gekommen ist, wie z. B. bei durch Folter erlangten Geständnissen,¹⁹ oder zu einem Eingriff in den absolut

⁹ Vgl. *Kaspar* GA 2013, 206f.; *Kubiciel* GA 2013, 226f.; vgl. auch bereits *Mende* (Fn. 8), S. 179ff., 197ff. und 211ff. unter Verweis auf die zunehmende Bedeutung »zielgerichteter und organisierter Beweisermittlung durch Private«.

¹⁰ 67. Deutscher Juristentag, Erfurt 2008, Beschlüsse der Abteilung Strafrecht, V.12.c)cc), S. 14 (abrufbar unter: www.djt.de/fileadmin/downloads/67/djt_beschluesse.pdf).

¹¹ Vgl. zuletzt *Kaspar* GA 2013, 206, 224f. für den Bereich unternehmensinterner Ermittlungen sowie *Kubiciel* GA 2013, 226, 235ff. für den Bereich der durch private Sicherheitsdienste angestellten Ermittlungen im Internet; vgl. auch bereits *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger. Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, 1996, S. 80ff.; *Jahn*, Gutachten zum 67. DJT, C 100.

¹² Oder man zur Kenntnis nimmt, dass das Instrument des obiter dictums vom BGH nach freiem Ermessen genutzt wird – oder eben nicht.

¹³ Vgl. EGMR v. 25. 10. 2007, *van Vondel vs. Niederlande*, §§ 49ff. mit Anm. *Godenzi*, forumpoenale 2008, 79ff.; EGMR v. 8. 4. 2003, *M.M. vs. Niederlande*, StV 2004, 1, 2 mit Bespr. *Gaede* StV 2004, 46ff.; LR/Gössel Einl. L Rn. 115; MüKo-StPO/Kudlich Einl. Rn. 482; SSW-StPO/Beulke Einl. Rn. 303; *Godenzi* (Fn. 8), S. 129f., 175ff.; *dies.* GA 2008, 500, 503f.; *Jahn* (Fn. 11), C 101; *Kaspar* GA 2013, 206, 213ff.; *Keller* FS Grünwald, Baden-Baden 1999, S. 274ff.; *Wohlers* JZ 2011, 252, 253; der

BGH stellt eher hohe Anforderungen an die relevante Mitwirkung der Strafbehörden, vgl. BGHSt 44, 129, 134ff.; BGH StraFo 2011, 271f.

¹⁴ *Ambos* (Fn. 7), S. 106; *Keller* FS Grünwald, S. 274f.

¹⁵ BVerfG JZ 2011, 249, 252 (Rz. 58); BGHSt 44, 129, 134; OLG Oldenburg NJW 1953, 1237; AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann Einl. Rn. 149; LR/Gössel Einl. L Rn. 112, 115; MüKo-StPO/Kudlich Einl. Rn. 481; *Ambos* (Fn. 7), S. 107; *Godenzi* (Fn. 8), S. 186ff., 236; *Jäger* (Fn. 8), S. 222ff.; *Nüse* JR 1965, 281, 285; *Rogall* JZ 2008, 818, 828; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 65; vgl. auch HansOLG Hamburg NJW 2005, 2326, 2329

¹⁶ BGHSt 36, 167, 173 unter Verweis auf BGHSt 27, 355, 357; 34, 39, 52; vgl. auch BGH (Zivilsenat) NSTZ 1982, 254, 255 mit Anm. *Dünnebier*; vgl. auch *Kaspar* GA 2013, 206, 211f.

¹⁷ Zu einem Vorschlag für eine Formulierung einer Regelung vgl. *Gropp* StV 1989, 216, 228. Im Zuge der Reform des schweizerischen Strafprozessrechts hatte der Gesetzgeber zunächst eine Regelung vorgesehen, die dann aber im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens wieder gestrichen worden ist, weil sich der Gesetzgeber ausser Stande sah, eine konsensfähige Lösung zu kreieren und den schwarzen Peter deshalb an die Praxis weitergereicht hat, vgl. hierzu *Godenzi* (Fn. 8), S. 334ff.

¹⁸ Vgl. BGHSt 36, 167, 173f.; Radtke/Hohmann/Radtke, StPO, Einl. Rn. 84; *Wölfl* JA 2001, 504, 508.

¹⁹ *Finger* JA 2006, 529, 537; *Kleinknecht* NJW 1966, 1537, 1543; *Krey*, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994, S. 100, 103; *Nüse* JR 1965, 281, 285; *Otto* FS Kleinknecht, München 1985, S. 328; *Ranft* FS Spendel, Berlin 1992, S. 736; HansOLG

geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung.²⁰ Da vorliegend eine Beweiserlangung durch krasse Menschenrechtsverletzung ersichtlich nicht gegeben ist und der Senat – zutreffend (vgl. hierzu bereits oben I.) – das Vorliegen eines Eingriffs in den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung verneint hatte, könnte man tatsächlich zu dem Ergebnis kommen, dass es – jedenfalls dann, wenn man der These vom Verbot der Beweismittelhehlerei nicht zu folgen gedenkt – wirklich nichts gibt, über das noch weiter zu diskutieren wäre.

Abgesehen davon, dass man sich fragen kann, ob die Beschränkung auf krasse Menschenrechtsverletzungen tatsächlich der angemessene Massstab ist,²¹ muss man aber festhalten, dass es bei den Fällen der von Privaten rechtswidrig erlangten Beweismittel üblicherweise doch so liegt, dass der an die Übergabe der Beweismittel anschliessende Akt der Verwendung und Verwertung der Beweismittel für sich gesehen keinen Straftatbestand erfüllt. In diesen Fällen ist dann nach h.M. zwar gegebenenfalls ein Strafverfahren gegen den Privaten einzuleiten, die von ihm strafrechtswidrig erhobenen Beweise bleiben aber – vorbehaltlich eines sog. selbstständigen Verwertungsverbots – verwertbar.²² Zur Begründung dieses Standpunktes wird darauf verwiesen, dass sich an der Befugnis und Verpflichtung zur Heranziehung von Beweismitteln nichts dadurch ändere, dass der privatautonom erfolgte Akt der Beweiserlangung als strafrechtsrelevant einzustufen ist.²³ Fraglich ist aber, was zu gelten hat, wenn die Verwertung als solche nicht nur den Interessen des Beschuldigten zuwiderläuft, sondern selbst als strafbar einzustufen ist²⁴ –

und genau dies könnte vorliegend der Fall sein, wenn es sich bei den Audio- und Videodateien um unter Verstoss gegen §§ 201 Abs. 1 Nr. 1, 201a Abs. 1 StGB angefertigte Aufnahmen handelt und die Verwertung als Beweismittel im Strafverfahren als Gebrauchen i. S. d. §§ 201 Abs. 1 Nr. 2, 201a Abs. 2 StGB einzuordnen ist.

III. Zur prozessualen Bedeutung der Strafbarkeit der Verwendung privatautonom erlangter Beweismittel

1. Der Meinungsstand

Harro Otto hat schon vor mehr als 30 Jahren darauf hingewiesen, dass es in Fällen, in denen nicht nur die Beweiserlangung als solche, sondern auch die Verwendung des Beweises für sich gesehen als strafbar anzusehen ist, notwendig wird, die Verwendung des Beweismittels im Strafverfahren zu rechtfertigen.²⁵ Und in der Rechtsprechung und Literatur zu den §§ 201, 201a StGB finden sich durchaus Ansätze dazu, wie man den insoweit denkbaren Fallgestaltungen materiellrechtlich gerecht werden könnte.²⁶ Die Frage, welche prozessualen Konsequenzen aus der strafrechtlichen Relevanz einer Auswertung des Beweismittels zu ziehen sind, wurde aber bisher soweit ersichtlich nicht vertieft behandelt.

Demgegenüber hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich schon in den 70er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Auffassung vertreten, dass die Verwendung einer illegal erstellten Tonbandaufnahme im Strafverfahren nicht in Betracht komme, weil es nicht zweifelhaft sein könne, dass »schon das Abspielen einer widerrechtlich erlangten Tonbandaufnahme durch Drittpersonen als ›Auswerten‹ einer solchen Aufnahme... zu gelten ha[be]«, weil dadurch die Verletzung der Per-

Hamburg NJW 2005, 2326, 2329; im Ergebnis auch Rogall JZ 2008, 818, 828f.; SK-StPO/Rogall § 136a Rn. 15; einschränkend Jäger GA 2008, 473, 493; gänzlich ablehnend AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann Einl. Rn. 149.

²⁰ MüKo-StPO/Kudlich Einl. Rn. 482; SSW-StPO/Beulke Einl. Rn. 305, 307; Bockemühl, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, S. 125f., 128f.; Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., München 1995, 3/29; Jahn (Fn. 11), C 103f.; Otto, FS Kleinknecht, S. 327ff.; Roxin/Schünemann § 25 Rn. 65.

²¹ Vgl. bereits Wohlers JZ 2011, 252, 254 sowie Bung/Huber FS Beulke, Heidelberg 2015, S. 665; Keller, FS Grünwald, S. 273; Godenzi (Fn. 8), S. 199ff.; für eine analoge Anwendung der Grenzen des § 136a: Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 163f.; Jahn (Fn. 11) C 102f.; Mende (Fn. 8), S. 220ff.; Bung/Huber FS Beulke, S. 668f.; vgl. auch Krey (Fn. 19), S. 100 für »zur Erlangung von Beweismitteln begangene Verbrechen und Vergehen, sofern diese nach Art, Umfang und Gewicht als außerordentlich schwerwiegend erscheinen«.

²² Vgl. LR/Gössel Einl. I Rn. 112f.; SSW-StPO/Beulke Rn. 305; Otto, FS Kleinknecht, S. 338; Bockemühl (Fn. 20), S. 116ff.

²³ Vgl. Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, Berlin 2008, S. 222; Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, Marburg 1992, S. 218.

²⁴ So auch bereits Kölbel NSTZ 2008, 241, 242ff.

²⁵ Otto FS Kleinknecht, S. 338.

²⁶ LK/Schünemann § 201 Rn. 38ff.; MüKo-StGB/Graf § 201 Rn. 50ff. sowie § 201a Rn. 47; NK-StGB/Kargl § 201 Rn. 28; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 201 Rn. 32ff.; SK-StGB/Hoyer § 201 Rn. 47; Beckemper/Wegner JA 2003, 510, 514; Gropp StV 1989, 216, 222f.; Kramer NJW 1990, 1760, 1762ff.; aus der Rechtsprechung vgl. OLG Celle NJW 1965, 1677, 1678f.; OLG Düsseldorf NJW 1966, 214; OLG Frankfurt NJW 1967, 1047, 1048f.; KG JR 1981, 254 mit Anm. Tenckhoff; nach OLG Frankfurt NJW 1979, 1172f. kann die Aufzeichnung eines heimlich abgehörten Telefongesprächs zwischen Richter und StA jedenfalls zur Begründung eines Befangenheitsantrags verwendet werden.

sönlichkeitsrechte »erweitert und vertieft« werde. »Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Strafverfolgungsorgane, die eine von einem Dritten widerrechtlich erlangte Aufnahme im Rahmen eines Strafverfahrens verwenden, sich – abgesehen von der hier nicht in Frage kommenden gesetzlichen Ermächtigung – auf einen Rechtfertigungsgrund (Ampflicht, Notwehr- oder Notstandshilfe) berufen können, braucht im vorliegenden Fall nicht näher untersucht zu werden.«²⁷ Und jüngst hat Gunhild Godenzi – bezogen auf das schweizerische Recht – die These aufgestellt und begründet, dass es sich beim Verwenden der Aufzeichnungen in einem Strafverfahren um ein tatbestandsmässiges Verhalten handelt, eine Rechtfertigung ausscheidet und deshalb letztlich auch ein strafprozessuales Verwertungsverbot anzunehmen ist, weil auch noch so gewichtige Strafverfolgungsinteressen es nicht zu legitimieren vermögen, Aufzeichnungen auszuwerten, wenn diese Auswertung vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt worden sei.²⁸ Dieser Standpunkt erscheint zwingend, wenn der Gesetzgeber – wie in Art. 141 Abs. 2 StPO/CH geschehen – Beweise für unverwertbar erklärt, »die Strafbehörden in strafbarer Weise ... erhoben haben«. Auch wenn das deutsche Strafprozessrecht eine solche explizite Regelung nicht kennt, ändert dies aber doch nichts daran, dass sich die prozessuale Irrelevanz der möglichen Strafbarkeit der Beweiserhebung jedenfalls nicht von selbst versteht.

2. Die Anwendung auf den vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall könnte das Abspielen der Audio- und Videoaufnahmen als das Gebrauch machen von einer unrechtmässig erstellten Aufnahme i. S. der §§ 201, 201a StGB²⁹ einzustufen sein. § 201 erfasst als Gebrauchmachen auch schon das blosser Abspielen einer Audioaufnahme³⁰ und § 201a StGB das Betrachten einer Video-

aufnahme.³¹ Entscheidend ist damit, ob es sich bei den von der Zeugin erstellten Audio- und Videodateien um Aufnahmen handelt, deren Erstellung den Straftatbestand des § 201 bzw. § 201a StGB erfüllt. Ob dies so ist, lässt sich auf der Grundlage der vorliegenden Entscheidung nicht abschliessend beurteilen, es spricht aber vieles dafür, dass jedenfalls § 201a StGB nicht erfüllt ist.

Im Hinblick auf § 201a Abs. 1 StGB müsste es sich bei den von der Zeugin erzeugten Videodateien um Aufnahmen handeln, die ein Geschehen festhalten, das sich in einem geschützten Raum abspielt und durch dessen Dokumentation der höchstpersönliche Lebensbereich einer Person verletzt wird. Der räumliche Schutzbereich erfasst Wohnungen und sonstige sichtgeschützte Räume.³² Umstritten ist, ob auch sichtgeschützte Gärten unter den Begriff des Raumes gefasst werden können. Nimmt man dies grundsätzlich an,³³ stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem ausreichenden Sichtschutz auszugehen ist.³⁴ Bei einer Aussichtsplattform im Freien dürfte es sich in der Regel schon nicht um einen geschützten Raum handeln. Die Anwendbarkeit des § 201a StGB scheitert vorliegend aber jedenfalls daran, dass – wie bereits oben dargelegt – die Begehung von Straftaten nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört,³⁵ weshalb es jedenfalls am Erfordernis der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs fehlt.

Bezogen auf die Audioaufnahmen kommt es darauf an, ob die Audiodateien das »nicht öffentlich gesprochene Wort« festhalten. Auf die Öffentlichkeit des Ortes, an dem gesprochen wird, kommt es bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht an,³⁶ sondern darauf, ob sich der Sprechende nach den Umständen und der Art und Weise seiner Äusserung

²⁷ Kassationsgericht Zürich, ZR (Zürcher Rechtsprechung) 73 (1974) Nr. 44 S. 106, 108 = SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung) 71 (1975) 60, 61.

²⁸ Godenzi AJP (Archiv für Juristische Praxis) 9/2012, 1243, 1247 ff.

²⁹ Nach heute ganz h.M. ist nur eine unbefugt hergestellte Aufnahme taugliches Tatobjekt der Verwertungstatbestände, vgl. nur OLG Düsseldorf NJW 1995, 975 f.; NK-StGB/Kargl § 201 Rn. 12.

³⁰ OLG Frankfurt NJW 1979, 1172; MüKo-StGB/Graf § 201 Rn. 26; NK-StGB/Kargl § 201 Rn. 13; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 201 Rn. 17; Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufzeichnungen Privater, Baden-Baden 1996, S. 119 f.; Beckemper/Wegner JA 2003, 510, 513; Kramer NJW 1990, 1760, 1763 f.; Wölfl, Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahmen im Strafverfahren, 1997, S. 149 ff.

³¹ MüKo-StGB/Graf § 201a Rn. 30; NK-StGB/Kargl § 201a Rn. 9; Heuchemer/Paul JA 2006, 616, 619; Hoppe GRUR 2004, 990, 992; Kargl ZStW 117 (2005) 324, 334; a. A. Zöller FS Wolter, S. 691; vgl. auch Koch GA 2005, 589, 600 f.

³² Lackner/Kühl § 201a Rn. 2.

³³ So BT-Drucks. 15/2466, S. 5; Hesse ZUM 2005, 432, 434; Hoppe GRUR 2004, 990, 992; Tillmanns/Führ ZUM 2005, 441, 442; NK-StGB/Kargl § 201a Rn. 5; zurückhaltend Koch GA 2005, 589, 600; ablehnend: Heuchemer/Paul JA 2006, 616, 618; Lackner/Kühl § 201a Rn. 2; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 201a Rn. 7.

³⁴ Vgl. Borgmann NJW 2004, 2134 f.; Bosch JZ 2005, 377, 379; Heuchemer/Paul JA 2006, 616, 618; Kargl ZStW 117 (2005) 324, 331; Obert/Gottschalck ZUM 2005, 436, 437 f.; Tillmanns/Führ ZUM 2005, 441, 445; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 201a Rn. 7; MüKo-StGB/Graf § 201a Rn. 25.

³⁵ Wolter Schünemann-Symposium, S. 230; Zöller FS Wolter, S. 686; die Unklarheit des Merkmals beklagen Obert/Gottschalck ZUM 2005, 436, 438 f.; Borgmann NJW 2004, 2133, 2134; Hesse ZUM 2005, 432, 434 f.; Murmann FS Maiwald, S. 591 f.

³⁶ Lackner/Kühl § 201 Rn. 2.

an einen Kreis von Personen gerichtet hat, der weder nach Zahl und Individualität bestimmt noch durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden ist,³⁷ wobei es auch hier wieder auf die Umstände des konkreten Einzelfalles ankommt, die auf der Grundlage der Entscheidung des BGH nicht abschliessend beurteilt werden können.

Im Ergebnis folgt hieraus für den vorliegenden Fall: Sind die Audio- und die Videoaufzeichnungen nicht strafrechtswidrig erstellt worden, sind die Aufzeichnungen verwertbar. Wenn die Aufzeichnung unter Verstoss gegen §§ 201, 201a StGB erstellt worden sind, stellt sich die Frage, ob die hieran anknüpfende Strafbarkeit des Verwendens der Aufzeichnungen als Beweismittel prozessual gesehen als irrelevanter Faktor eingestuft werden kann. Entscheidend dürfte hierbei sein, ob die Verwendung der Aufzeichnung gerechtfertigt werden kann. Ist dies der Fall, steht der Verwertbarkeit des Beweises »nur« die Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung durch den autonom agierenden

Privaten entgegen. Lässt sich die Verwendung der Aufzeichnungen dagegen nicht rechtfertigen, steht man vor der recht absurd anmutenden Situation, dass das Strafprozessrecht die mit der Sache befassten Richter und Staatsanwälte zu einem Verhalten zu verpflichten scheint, das vom materiellen Strafrecht als strafbar eingestuft wird. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass die Strafbarkeit der Auswertung des Beweises ein Verwertungsverbot begründet, ergibt sich die Folgeproblematik, was mit Beweisen zu geschehen hat, die den Beschuldigten entlasten können.³⁸ Die Problematik bedarf ersichtlich einer vertieften Durchdringung, die den Rahmen dessen, was in einem Besprechungsaufsatz zu leisten ist, deutlich übersteigt. Dass der Senat die »Frage der Rechtmässigkeit der Beweiserhebung« offen gelassen und damit suggeriert hat, die Frage sei irrelevant, überzeugt aber nach alledem nicht wirklich.

³⁷ OLG Frankfurt NJW 1977, 1547 = JR 1978, 168 mit Anm. Arzt; OLG Karlsruhe NJW 1979, 1513; *Frank* (Fn. 30), S. 44; *Fischer* § 201 Rn. 3f.; *Lackner/Kühl* § 201 Rn. 2; NK-StGB/*Kargl* § 201 Rn. 9; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* § 201 Rn. 8f.; SK-StGB/*Hoyer* § 201 Rn. 11f.

³⁸ Vgl. zu dieser Frage *Roxin, Schäfer, Widmaier* Die Mühlenteichtheorie – Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten FS Strauda BRAK 2006, 435 = StV 2006, 655.